

D i f s.

736₂

File.

736(2.

m

Ueber das
R e c h t s m i t t e l
d e r
W i e d e r e i n s e z u n g
in den vorigen Stand
gegen
richterliche Urtheile.

E i n V e r s u c h
v o n
Heinr. Andr. Moritz,
k. b. Stadtgerichts - Schreiber zu Landshut,
bei
Erlangung der juridischen Doctor - Würde.

Landshut, 1816,
gedruckt mit Storno'schen Schriften.

Seiner Excellenz

dem

Herrn Herrn Heinrich

Reichsgrafen v. Reigersberg,

königl. baier. geheimen Staats - und

Konferenz - dann dirigirenden Minister

des geheimen Justizdepartements, und

Großkreuz des Civil - Verdienstordens

der baierischen Krone

in tiefster Ehrfurcht unterthänigst

geweiht

vom

Verfasser.

Seiner Excellenz

dem

Herrn Herrn Heinrich

Reichsgraf v. Reigersberg,

königl. bair. geheimen Staats- und

Minister - dann dirigierenden Minister

des geheimen Justizdepartements, und

Geheimen des Civil-Verdienstordens

der bayerischen Krone

in höchster Ehrenwürde unterthänig

gewidmet

von

Verfasser:

V o r r e d e.

Am Schlusse meiner akademischen Laufbahn wage ich es, ein unvollständiges Produkt meiner wenigen Nebenstunden als den ersten literarischen Versuch bekannt zu machen.

Ich wählte hiez zu die, gewifs nicht unwichtige, Lehre von der Restitution als Rechtsmittel gegen richterliche Urtheile, ohne mich in die Restitutio contra sententiam contumacialem, lapsum termini praejudicialis, et lapsum termini appellationis, einzulassen, und suchte jene Grundsätze hervorzuheben, welche beim prozessualischen Verfahren, sowohl nach gemeinem, als baierischem Rechte zur Richtschnur dienen mögen.

Da nun diese Lehre einen nicht geringen Einfluß auf das bürgerliche Le-

ben äussert, so glaube ich den Zweck meiner Abhandlung nicht zu verfehlen, wenn ich Einiges über die Quelle, und den Ursprung, über die Beurtheilung nach römischem und kanonischem Rechte, Art der Einführung, und Nothwendigkeit dieses Rechtsmittels vorausschicke und erörtere.

Uebrigens möge man wohl von mir, als Anfänger, nichts Neues erwarten, und diesem Versuche schonende Rücksicht schenken.

Landshut den 10. August 1815.

Der Verfasser,

Inhalts - Anzeige.

- §. 1. Zweck der Abhandlung.
- §. 2. Begriff der Restitutio in integrum contra sententiam.
- §. 3. Quelle des Restitutionsmittels ist das römische Recht.
- §. 4. Analogie desselben.
- §. 5. Woraus es das kanonische Recht genommen.
- §. 6. Aus diesen beiden, und nicht aus der teutschen Läuterung, wurde es bei Errichtung der ersten Kammergerichtsordnung, als ein bekanntes Rechtsmittel stillschweigend vorausgesetzt.
- §. 7. Wie es nach dem römischen und kanonischen Rechte zu beurtheilen ist.
- §. 8. Die Art der Einführung der Restitution war ungleich.
- §. 9. Nothwendigkeit des Rechtsmittels der Restitution.
- §. 10. Als auf die Billigkeit gegründet, hat die Restitution favorem.
- §. 11. Vom Gegenstande der Restitution.
- §. 12. Ob die restitutio ein remedium ordinarium oder extraordinarium sey?
- §. 13. Fortsetzung.
- §. 14. Unterschied zwischen Restitution und Appellation.
- §. 15. Restitution gegen rechtskräftige Urtheile kann nur ex novis begehrt werden.
- §. 16. Fortsetzung.
- §. 17. Von Beschaffenheit der Nova.
- §. 18. Kann bei der Restitution dasjenige gebraucht werden, was schon in den vorhergehenden Verhandlungen angeführt worden?

- §. 19. Begründen Nova, welche die Partei bei den vorigen Handlungen schon hatte, aber nicht dienlich erachtete, das Rechtsmittel der Restitution?
- §. 20. Von Novis, die der Implorant selbst in seiner Verwahrung oder in seinem Archive hatte.
- §. 21. Von Novis, die bisher aus Verschulden unbekannt geblieben sind.
- §. 22. Vom Restitutionsgesuche.
- §. 23. Richterliche Verfügung hierauf.
- §. 24. Wirkung des Restitutionsgesuchs.
- §. 25. Fortsetzung.
- §. 26. Von dem Restitutions-Fatale.
- §. 27. Fortsetzung.
- §. 28. Die Restitution ist kein devolutives Rechtsmittel.
- §. 29. Fortsetzung.
- §. 30. Hat gegen die Restitution eine Appellation statt?
- §. 31. Hat Restitution gegen ein Appellationsurtheil statt?
- §. 32. Die Restitution kann wiederholt werden.
- §. 33. Kann die Restitution von dem, der vorhin gewonnen, in restitutorio aber verloren hat, eingewandt werden?
- §. 34. Kann das Rechtsmittel der Restitution mit andern Rechtsmitteln verbunden werden?
- §. 35. Gegen welche Urtheile kann die Restitution zugelassen werden?
- §. 36. Fortsetzung.
- §. 37. Tres conformes sententiae schliessen die Restitution nicht aus.

Von der
Restitution gegen richterliche
Urtheile.

§. 1.

Zweck der Abhandlung.

Schon in der Vorrede bemerkte ich, daß ich nicht von Restitutionen gegen verabsäumte Fatalien und Termine, mithin auch nicht contra desertorias, wie sie entweder brevi manu, oder praevia causae cognitione vel citatione ad videndum restitui ertheilt werden, welche auch keine Nova erfordern, und bloß binnen der Zeit nachgesucht werden müssen, die, re adhuc integra, annoch competirt hätte, handle, sondern mich lediglich auf jene Restitutionen beschränke, welche gegen End- und solche interlokutorische Urtheile, die vim definitivae haben, gesucht werden.

§. 2.

Begriff der restitutio in integrum contra sententiam.

Diese ist dasjenige außerordentliche Rechtsmittel, womit der Richter gebeten wird, seine

vorige, bereits schon in Rechtskraft erwachsene Sentenz wegen vorgebrachten, neuen, vorhin nicht angeführten Thatumständen und Beweisen abzuändern, und die Sache in den vorigen Stand, worin sie vor ergangener Sentenz gewesen, wieder zu setzen.

§. 3.

Quelle des Restitutionsmittels ist das römische Recht.

Ueber die Quelle und den Ursprung dieses Remedii sind die Rechtslehrer nicht miteinander einig. Die älteren haben nicht daran gezweifelt, vielmehr einmüthig geglaubt, daß man es dem römischen Rechte zu danken habe, daß es aus diesem in das kanonische Recht aufgenommen, und mit beiden in Teutschland eingeführt worden sey; sie haben daher auch alle Grundsätze des römischen Rechts auf dasselbe angewandt. Die Geseze L. 35. D. de re judicata und L. 4. Cod. eod., deren jenes verordnet: „Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt: quamquam sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat, tamen in negotio publico ex causa permittere se hujusmodi instrumentis uti“; dieses aber: „sub specie novorum res judicatas restaurari, exemplo grave est“, veranlaßten neuere Rechtslehrer, andere Quellen aufzusuchen. — So behauptet

Senkenberg *), daß das römische Recht dieses Rechtsmittel nicht gekannt habe, außer in negotiis publicis et fisci, daß die Restitution auf die, im Edicto Praetoris bestimmte Fälle eingeschränkt gewesen sey, und daß die Verfasser der Kammergerichtsordnung, nach dem Beispiele der alten Glossatoren, die alt teutsche Läuterung damit vermischt, und daraus sowohl, als der prätorischen Restitution und der römischen Retractation das jezige Remedium restitutionis in integrum, so wie die Revision, zusammen gesetzt hätten. **)

Auch Bar. v. Kreitmayer ***) allegirt die oben angeführten beiden Geseze, und zieht daraus die Folge, daß das Jus civile ex novis keine Restitution gestattet habe. Wahr ist es auch, daß die Läuterung vorhin in ganz Teutschland, und selbst in den Händeln der Reichsstände noch unter Kaiser Friedrich dem Dritten, üblich war, indem von Harpprecht ****) ein von dem, von jenem Kaiser

*) Senkenberg in medit. de quadrien. rest. fasc. 2. und in der Abhandlung de restitutione in integrum.

**) Hase de rest. in int. adversus sententias summorum imperii dicasteriorum remedio ordinario §. 9. 12.

Seelig de revisione propter denegatam restitutionem §. 31. up.

***) Bar. v. Kreitmayer in notis ad Cod. bav. Jud. Cap. 16. §. 1. nr. 2.

****) Harpprecht im Staatsarchiv 1. Thl. §. 83. p. 60. sub nr. 30. der Urkunden.

dazu verordneten Richter, Bischof Peter zu Augsburg, in Sachen der Gebrüder Grafen zu Oettingen C. die Stadt Aalen in der Läuterungs-Instanz gesprochenes Urtheil anführt. Wie nun indessen in vielen Ländern Deutschlands der Name Läuterung verschwunden ist, so glaubt sie doch Hofmann *) unter dem Namen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wieder zu finden.

§. 4.

Analogie desselben.

Wahr ist es auch, daß Nova in dem Edicto praetoris, der allgemeinen Quelle der Restitutionum in integrum, namentlich als Causale restitutionis nicht gedacht sind. Da es indessen billig ist, daß derjenige, der neue, vorhin unbekannte Beweismittel zur Hand bekommt, gegen seinen Gegner, dessen Unrecht nunmehr daraus erhellet, davon Gebrauch machen dürfe; so läßt sich der Fall an sich sub generale clausula Praetoris begreifen, da der Prätor nach L. 26. §. 9. D. ex quibus causis major selbst sagt: „Si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituum“, dem Ulpian hinzusetzt: „haec clausula edicto inserta est necessario, multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt: at quo-

*) Hofmann in der deutschen Reichspraxis 1. Thl. §. 852.

ties aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum.“ Einen solchen Fall führt dann auch Cajus in L. 31. de Jurejur. an, daß nämlich post juramentum a judice exactum, nicht aber a parte delatum et acceptatum, ex integro agere erlaubt sey, si quis nova instrumenta se invenisse dicat. Selbst die oben allegirte L. 35 D. de re judicata macht doch eine Ausnahme, und nennt als solche, negotia publica. Hierunter versteht nun zwar Brunemann ad hanc legem, causam fisci vel civitatis; der Verfasser hingegen des Versuchs eines Auszugs der römischen Geseze in einer freien Uebersetzung *) sagt dafür: „ausser in Fällen von äusserster Wichtigkeit und die das Staatsvermögen betreffen.“ Wenn nun auch die Kaiser Antonine verboten, in andern, als den ausgenommenen Fällen, ob nova instrumenta zu restituiren, so scheint doch dieses einen Versuch auf der einen und besondere, vielleicht jezt unbekannte, Staatsursachen der Kaiser auf der andern Seite zum Grund gehabt zu haben; und Brunemann setzt daher auch hinzu: „Doctores velle vi clausulae: si qua mihi etc. etiam ob nova dari restitutionem.“ Die L. 4. C. de re judicata aber verbietet die Restitution ex novis nicht durchaus, sondern scheint nur viele Vorsicht einzuprägen, mit dem Bedeuten: Exemplo grave

*) Buch 42. Cap. 1. §. 35.

est; welches sich auf die bekannte und ganz billige Ehrfurcht gründet, die man für die Rechtskraft hatte, und die man daher gegen alle nicht ausdrücklich ausgenommene Fälle in Schuz nehmen wollte. Endlich aber verordnet die L. 17. D. de minor. gegen die Urtheile der Praefectorum praetorio, die keine Appellation zuließen, die, von denselben selbst zu beurtheilende Restitution, weil, wie Ludolf *) bemerkt, die Restitution, durch deren Ergreifung der Implorant sich gleichsam selbst eines Irrthums schuldig gibt, nicht das Gehässige der Appellation hatte, und in ein ehrerbietigeres Gewand eingekleidet werden konnte.

§. 5.

Woraus es das kanonische Recht genommen.

Desto gewisser gestattet das kanonische Recht die Restitution ex novis, wie dies der ganze Titel der Decretalen de in integ. rest. (L. 1. T. 41.) insonderheit aber das Cap. 10. beweist, wo es heißt: „beneficio restitutionis in integrum ecclesiae tuae in alio judicio denegato, praeterquam ad appellationem omisam videtur eidem ecclesiae posse denegari, nisi novis defensionibus ad hujusmodi beneficium admittenda.“ Welchem I. H. Böhmer in der Note beifügt: „traditur hic brevis sy-

*) Comment. system. S. 2. §. 6. nr. 34.

nopsis ex tribus legibus Cod. si saepius rest. in integr postulata, quia ubique pontifices doctrinas juris civilis immiscuerunt.“ Ein Beweis, daß auch Böhmer die Lehre von der Restitution ex novis für eine doctrinam juris civilis hielt. Womit C. 1. de rest. in int. in 6. übereinkommt, und die Restitution auch post quadriennium ex rationabili alia causa gestattet.

§. 6.

Aus diesen beiden, und nicht aus der deutschen Läuterung, wurde es bei Errichtung der ersten Kammergerichts-Ordnungen als ein bekanntes Rechtsmittel stillschweigend vorausgesetzt.

Daß die Restitution aus der alten Läuterung entstanden seyn soll, dem widerspricht auch das, daß beide zugleich in Uebung waren. Ich habe oben §. 3. aus dem Harpprechtischen Staatsarchiv den Fall einer im Jahre 1451 stattgehabten Läuterung bei dem Friedericianischen Hof- und Kammergericht angeführt. Der nämliche Autor führt aber *) eine von der Stadt Nördlingen gegen Friedrich Murachen bei Kaiser Friedrich und dessen mit 24. Personen besetzten Hofgericht eingeführte und durch das in N. 26. der Urkunden p. 140 enthaltene Urtheil, an St. Matthäus Abend 1448

*) Im St. A. Th. 1. §. 76. p. 56.

entschiedene restitutionem in intregum an; sagt daher auch sub N. 6. von des kaiserl. Hof- und Kammergerichts Prozeßform *): „remedia contra rem judicatam waren, nachgesuchte Läuterung, Klagen über Nichtigkeit der Urtheile, und bei dem Kaiser selbst ausgewirkte restitutio in integrum“; sogar führt er daselbst eine Appellation an den Kaiser und die Reichsversammlung an. Hieraus glaube ich nun mit dem weit größern Theile der Rechtsgelehrten schließen zu können, daß die Restitution nicht erst an die Stelle der Läuterung getreten, sondern zugleich mit dem römischen und canonischen Rechte in Teutschland eingeführt worden sey. Deren Grundsätze wurden nun auch auf die Reichsjustizverfassung angewandt. So wie nach L. 3. Cod. si adversus rem judic. gegen die Urtheile desjenigen, der vice principis gesprochen hatte, nur der Kaiser restituiren konnte; so wie man gegen die an sich inappellablen Aussprüche des praefecti praetorio sich per supplicationem an den Kaiser wenden, und dort retractationem suchen mußte **); so nahm der Kaiser, wie aus der obigen Harpprechtischen Stelle erhellt, von seinem Hof- und Kammergerichte die Restitutionsgesuche selbst an, und

*) Eod. T. 1. §. 171. p. 93.

**) L. un. C. de sent. praef. praet. L. 5. Auth. quae supplicatio C. de precibus Imp. offerendis; und Nov. 119. C. 5.

auch ohne Zweifel Supplicationes. Als nun auf dem Frankfurter Reichstage im Jahre 1436 über Verbesserung des Reichs-Justizwesens, wiewohl nicht zum Wohlgefallen des Kaisers gehandelt wurde *), so äufserten die Kurfürsten nur im Allgemeinen: „Dem Kammergericht wäre sein ziemlicher Lauf zu lassen“, die Fürsten hingegen: „der Kaiser nehme keine Sache an sich, nehme auch keine ab, restituire auch Niemand in integrum, denn aus Ursachen in Rechten erlaubt“: sie hatten auch in das vorgelegte Project einer Kammergerichtsordnung, § 24. eingerückt: „das Kammergericht solle seinen straken Lauf haben, unverhindert einiger Restitution oder Aufschlag.“ Wornach den augenscheinlich der t. 21. der ersten K. G. O. von 1495 genommen ist, wo es heifst: „das K. G. soll seinen gestracken Lauf haben, unverhindert einiger Restitution, Supplication, Advocation oder in andre Wege.“ Aus diesem Zusammenhange sieht man, dafs die Reichsstände nicht sowohl das Restitutionsmittel an sich mifsbilligten, als vielmehr darüber, dafs dadurch der Kaiser, so wie durch Supplicationen die Sachen an sich zog, eifersüchtig waren; welche Bemerkung der schönen Dissertation des v. Ullheimer **) und zum Theil dem neuen Con-

*) Häberlin allgemeine Welthistorie 3. Thl. p. 541.

**) Diss. num remedium restitutionis in int. cum rem. revis. in cam. imp. jud. conjungi possit. §.6.7.8.

cepte der K. G. O. *) des ältern v. Riedesel in Verbindung mit Harpprecht **) zu verdanken ist, welcher letzterer daselbst sagt: „nebst dem waren protestatio super nullitatibus und auch das Remedium restitutionis in integrum keine unbekannte Rechtsmittel.“ Wie nun aber durch jene Stelle die Einführung der Restitution beim Kaiser und die Supplication bei demselben aufhörten, so trat an ersterer Stelle das Restitutionsmittel beim K. St. selbst, und an letzterer Stelle die Appellation an den Kaiser und Reich, wovon das erste merkwürdige Beispiel vom Jahr 1512 in Harpprecht vorkömmt ***), wo die auf dem Reichstage zu Köln versammelten Stände einen Rekurs an sie an - und die Acten zu besichtigen übernahmen, welches also nach des Harpprechts und des ältern v. Riedesel ****) Meinung den ersten Anfang des Revisionsmittels enthält; durch welches Rechtsmittel denn die vorhin übliche Läuterung überflüssig wurde und von selbst in Abgang kam. Dieses und daß man das Restitutionsmittel, der Stelle in der ersten K. G. O. wegen, und weil desselben in den folgenden, bis zum Jahr 1527 publicirten K. G. Ordnungen gar keine Meldung geschieht,

*) P. 3. proleg. ad tit. 62.

**) St. A. Tom. II. §. 83. p. 83.

***) St. A. T. III. § 108. p. 107.

****) Neus Concept P. 3. proleg. ad tit. 63.

deswegen nicht für ganz ausgeschlossen gehalten habe, bestätigt sich durch ein aus Barth *) vom Harpprecht **) angeführtes, im Jahre 1498 in restitutorio ergangenes Urtheil, desgleichen ein bei Harpprecht ***) befindliches Beispiel einer im Jahr 1501 gesuchten Restitution contra non devolutoriam und darauf ergangenen Ladung, und ein anderes ebendasselbst ****) einer im Jahre 1499 ad videndum se restitui contra sententiam cameralem ergangenen Ladung, endlich ein im 4. Theil p. 104 befindliches Beispiel einer abgeschlagenen Restitution vom Jahre 1531; welches alles bestätigt, daß man das Restitutionsmittel als ein ex jure communi gebührendes, keiner besondern gesetzlichen Sanction bedürfendes Rechtsmittel angesehen, und unter jener in der K. G. O. 1495 tit. 21. erwähnten Restitution die vorhin von dem Kaiser angenommene verstanden habe. Pütter sagt daher von der Restitution *****): „Solo juris communis praesidio invecta est.“

B 2

*) Tit. 1. Sent. p. 95.

**) St. A. Thl. 2. §. 184.

***) l. c. p. 549.

****) l. c. p. 559.

*****) Pütter in Introduct. in rem judic. Imp. §. 458.

§. 7.

Wie es nach dem römischen und kanonischen Rechte zu beurtheilen ist.

Wäre dieses aber auch nicht, hätten die Römer auch die Restitution gegen Urtheile wegen neu aufgefundenen Urkunden nicht gekannt: so ist doch wenigstens so viel gewiss, daß sie in der Gestalt, wie sie in der Regel in den Gerichten, besonders bei den höchsten Reichsgerichten zugelassen wurde, mit der teutschen Läuterung nichts ähnliches hat, die an eine Nothfrist von 10 Tagen gebunden war, und nicht aller Orten Nova zuließ *); eben so wenig mit der römischen Retraktation, welche ebenfalls an eine Nothfrist, anfangs von 2 Jahren, nach der Nov. 115. C. 5. aber, von 10 Tagen gebunden war, und keine Nova erforderte. War also auch die Restitution eine neue Erfindung, so hatte sie bloß einen Irrthum zum Grunde, den nämlich, daß die Erfinder sie im röm. Rechte zu finden glaubten, mithin sie den allgemeinen Regeln der, *ex generali Praetoris clausula* zu statten kommenden Restitution unterwarfen, nach denen sie also nunmehr, ihr Ursprung sey welcher er wolle, beurtheilet werden muß, und von den Rechtsgelehrten ohne Ausnahme beurtheilt worden ist.

*) Hofmann T. R. Pr. Thl. 1. §. 853. f.

Kein Wunder ist es daher, wenn wir dieses Rechtsmittel, dessen Ableitung aus dem römischen und kanonischen Rechte wichtigen Zweifeln unterworfen ist, schon von der Errichtung des Reichs - Kammergerichts in Deutschlands Gerichten antreffen, — schon der Visitationsabschied von 1533 §. 5. spricht von ihm, als einer alt herkommlichen Sache, nur dem Mißbrauche will er steuern, er erkennt aber seine Rechtmäßigkeit, sobald sich eine Partei dieses Rechtsmittels bedienen will.

§. 8.

Die Art der Einführung der Restitution war ungleich.

In ältern Zeiten wurde sie bald gerichtlich, bald aufsergerichtlich eingeführt, wie Dekherr *), Blum **) und Boken ***) anführen. In den folgenden Zeiten hatte man nach dem G. B. vom 7. Jul. 1669 und 1671 die Regel zu seyn geglaubt, daß die Einführung gerichtlich geschehen müsse, und Cramer ****), der dieses als Regel festsetzt, führt am ersten Ort ein Urtheil von 1757 an, wo die aufsergerichtliche Einführung unschick-

*) In Concordia summor. Imp. Tribunal. c. 23. n. 9.

**) Tit. 78. nr. 8.

***) ad h. loc.

****) Tit. 1. obs. 250. u. in syst. Proc. Imp. §. 1476.

lich genannt wird. Indessen war die Praxis gar nicht gleich, und es wurden demungeachtet nicht selten Restitutionsgesuche aussergerichtlich übergeben. Cramer *) selbst führt zwei Beispiele einer aussergerichtlich eingeführten Restitution vom Jahre 1731 und einer andern vom Jahre 1757 an, in welchem letztern Falle das Mandatum de exequendo sogleich erkannt worden ist. Pütter **) supponirt eine vorläufige Untersuchung der Formalien, und novorum, ehe die Restitution zur gerichtlichen Verhandlung verwiesen werde, welches auch bei Tafinger ***) der Fall ist. v Harpprecht bezeugte auch in seinen Votis bei den im Jahr 1760 und 1768 über diese Materie abgehaltenen Deliberationen des hohen Plenums, dafs nach seiner Erfahrung es den Anwälten, gerichtlich oder aussergerichtlich anzurufen, überlassen worden sey.

Diese ungleichförmige Praxis und dafs es ziemlich gewöhnlich zu werden anfang, nach bereits eingeführter Revision in der nämlichen Sache auch Restitution nachzusuchen, veranlafste den G. B. vom 17. Juli 1760, der die aussergerichtlich Einführung nach geschehener Renunciation auf die vorher in-

*) Tit. 1. Obs. 304.

**) In introd. in rem jud. Imp. §. 400. seq.

***) In instit. jurisprudent. cam. Tom. 2. §. 1016. sq.

terponirte Revision verordnet; allein derselbe fand nicht den Beifall der letzten hohen Visitation, welche denselben durch ein Conclusum vom 6. Mai 1768, in so weit er die Renuntiation der Revision im Falle einer nachzusuchenden Restitution in integrum und deren aussergerichtliche Einführung betraf, wieder verwarf.

§. 9.

Nothwendigkeit des Rechtsmittels der Restitution.

In der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Urtheile des Richters liegt die gesetzliche Anerkennung des Sieges des wirklichen Rechts über das förmliche, und die Billigkeit, daß derjenige, der neue, vorhin unbekannte Beweismittel zu Handen bekommt, gegen seinen Gegner, dessen Unrecht nunmehr daraus erhellet, davon Gebrauch machen dürfe, spricht als Anrathungsgrund laut für dieses Rechtsmittel.

Wie leicht kann nach entschiedener Sache ein glücklicher Zufall dem besiegten Theile das Document in die Hände spielen, welches ihm den Sieg verschafft haben würde, wenn er es vor dem Urtheile gekannt und dem Richter vorgelegt hätte !!

Wenn die Reichsgeseze, die Kammergerichtsordnung und mehrere gemeine Beschei-

de die Rechtmäßigkeit dieses Rechtsmittels bestätigen, und dabei doch über Mißbräuche klagen, die sich an die beste Sache so unmittelbar anschließen, so ist hiedurch demselben nichts an seinem Wesen benommen, und man kann heutzutage wohl nicht mehr zweifeln, daß die Restitution gegen Urtheile wegen neuaufgefundener Merkmale, als Rechtsmittel von den Gesezen anerkannt, und in die Reihe derselben zur Vollständigkeit aufgenommen sey.

§. 10.

Als auf die Billigkeit gegründet, hat die Restitution favorem.

Die Restitutionen gründen sich in der Billigkeit, durch die der Prätor sie zu ertheilen, bewogen worden. *) Daraus ziehen Lauterbach **) und Schoepf ***) die Folge: „Quamvis sit contra jus civile, tamen in dubio pro hoc remedio, ceu favorabili et in aequitate fundato, esse respondendum,“ und auch Brunnemann ****), so wie Mevius *****)

*) L. 7. pr. D. de in int. rest sagt: Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen ubi aequitas evidens noscitur subveniendum est, und §. 1. Boni Praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit.

**) In Coll. L. 4. t. 1. §. 14.

***) De restitutionis restitutione in int. §. 8.

****) Ad l. 16. D. ex quibus causis major.

*****) P. 5. Decis. 5.

rathen den Richtern auf diese Grundsätze bei Ertheilung der Restitutionen, wiewohl eigentlich nur in Rücksicht auf *purgationem contumaciae* zu sehen. Moser *) aber sagt ausdrücklich: *restitutionem in integrum tanquam remedium favorabile nunquam esse denegandum*, und Pütter **) „*nisi odii huic remedio inest, nec vel ulla restrictio in legibus continetur.*“

Nach dieser Voraussetzung gehe ich nun auf die Wesenheit des Restitutionsmittels selbst über, und handle

§. 11.

Vom Gegenstande der Restitution.

Der Gegenstand der Restitution besteht nicht allzeit in *judicialibus*, sondern auch in *extrajudicialibus*, z. B. in Kontrakten, Verzichten, Schenkungen, Erbschafts-Antretungen, Verjährungen und dergleichen aussergerichtlichen Handlungen, welche man öfters aus rechtserheblichen Ursachen in gewisser Maß und Zeit bald klag - bald exceptionsweise wieder umzustossen sucht. ***) Allein von diesem Restitutionsgesuche ist hier die Rede nicht, sondern dasselbe gehört mehr ad *jus civile* als *judiciarium*. Nebstdem ist auch der *Modus petendi restitutionem* sowohl

*) De revisione Sect. 3. §. 11. in miscell. T. 3.

**) In Introd. in rem jud. Imp. §. 455.

***) Cod. Jud. bav. Cap. 16. §. 1. princ.

gegen Judicial- als Extrajudicial-Handlungen zweierlei, denn die Restitution wird bald principaliter, bald nur incidenter angebracht. Das letztere geschieht öfters in exceptionibus, replicis oder in andern Schriften, wenn vielleicht etwas unterlassen, übersehen oder verabsäumt wurde, z. B. wenn man gegen einen verabsäumten Termin Restitution nachsucht; principaliter heist man die restitutionem begehren, wenn sie gegen Extrajudicial-Handlungen per modum actionis, in judicialibus aber gegen eine Sentenz als Remedium juris angebracht wird, und in diesem letztern Verstande wird eigentlich hier von ihr gehandelt.

§. 1.2

Ob die Restitutio ein Remedium ordinarium oder extraordinarium sey?

Da die Restitutio judicialis dann vorhanden ist, wenn sie dahin abzielt, ein vorhandenes Urtheil aufzuheben, so liegt in dieser Beziehung als remedium juris contra sententiam der Zustand, für welchen es nothwendig und durch die Geseze gegeben ist, immer ausser dem gewöhnlichen Gange, und es gehört unverkennbar sowohl nach gemeinem *), als baierischem ***) Rechte, unter die

*) L. 16. D. de minoribus.

**) Cod. Jud. Cap. 14. §. 10.

ausserordentlichen Rechtsmittel. Diese Eigenschaft wurde demselben schon nach dem Grundsaze des römischen Rechts beigelegt, wie dies Ludolf *) mit besonderer Sorgfalt und grosser Weitläufigkeit anführt, indem diese Benennung eines *remedii extraordinarii* sich theils auf die alt römische Verfassung und das *jus formularium* gründet, theils aber auf subtilen Eintheilungen beruht, welche beides aber, da jenes durch Justinian abgeschafft ist, und diese nicht hinderten, daß die Restitution auch in *jure communi* gegründet seyn sollte, von keiner practischen rechtlichen Wirkung ist. Alle Restitutionen hatten ihren Grund **) im *jure Praetorio vel honorario*, welches in so ferne es das *jus civile* emendirte, supplirte, und also dem *jure communi et mero* entgegen gesetzt war, *extraordinarium* genannt wurde, und den *remediis*, durch welche es gegen das *jus commune* zu Hülfe kam, den nämlichen Namen mittheilte, in welchem Verstande dieser Ausdruck in L. 16. D. de minor. genommen wird. So entstand aber bei dem Gebrauche dieses *remedii* wieder ein Unterschied. Was bei dem vom Praetor gegebenen *judice pedaneo* verhandelt und entschieden wurde, weil es der gewöhnliche Fall war, wurde

*) Comment. syst. §. 2. §. 6. nr. 8.

**) L. 1. D. de in int. rest.

ordinariae cognitionis, was sich der Praetor aber selbst zu beurtheilen vorbehielt, extraordinariae cognitionis genannt; zu letzterer gehören allein die Restitutio minorum *), zu ersterer alle übrige **); daher kommt es denn, daß in den Gesezen, welche von Minoribus insonderheit reden, die Restitution ein remedium oder auxilium extraordinarium genannt wird. Diesen Unterschied aber hat Justinian ***) aufgehoben und jedem mit ordentlicher Gerichtsbarkeit versehenen Richter in integrum zu restituiren, gestattet. Wonach denn Ludolf l. c. den Schluß macht, daß die ganze Distinction von keinem praktischen Gebrauch sey; und das remedium restitutionis kann insonderheit, da es von den Reichsgesezen anerkannt ist, so gut wie jedes andere Ordinarium genannt werden. ****)

§. 15.

Fortsetzung.

Als remedium oder auxilium extraordinarium kann es daher so lange nicht Platz greifen, als noch ein remedium ordinarium übrig ist *****), z. B. Appellatio revisio, Pos-

*) L. 24. §. f. D. de min.

**) L. 9. §. 7. D. quod met. causa. L. 14. §. 1. et 11. D. eod. L. 1. §. 1. D. de dolo malo.

***) L. 3. C. ubi et apud quem.

****) Tafinger instit. j. cam. T. 2. §. 1001.

*****) Cod. Jud. bav. Cap. 16. §. 1. nr. 1.

sesorium plenarium aut petitorium. Seiner Natur nach bezieht es einen Sieg des wirklichen Rechts vor dem förmlichen, es gründet sich nicht auf eine Beschwerde, welche der Richter durch einen rechtswidrigen Akt seiner Reflexion zufügte, sondern auf eine Verletzung, welche im Urtheile nach seiner materiellen Beziehung liegt; denn die Restitutio ist das Rechtsmittel, wodurch jemand wegen Vorbringung neuer Umstände die Abänderung des Urtheils begehrt. Die Identität des Streitgegenstandes muß auch hier, wie bei allen Rechtsmitteln eingehalten werden; aber darin zeichnet sich dieses Rechtsmittel vor allen übrigen aus, daß es nur auf neue faktische Merkmale, jener Identität unbeschadet, begründet werden kann.

§. 14.

Unterschied zwischen Restitution und Appellation.

Der Unterschied zwischen diesen beiden Rechtsmitteln besteht im folgenden:

1.) Die Appellation ist eigentlich gegen ein beschwerendes Urtheil gerichtet, welches kein förmliches Recht darstellt *), die Restitution gegen förmliches Recht und gegen ein dies förmliche Recht darstellende Ur-

*) Cod. Jud. bav. Cap. 15. §. 5.

theil, welches den Begriff einer Beschwerde ausschließt.

2.) Der Zweck der Appellation ist die Formalisirung des wirklichen Rechts, der Zweck der Restitution die Wiederaufhebung des schon formalisirten und mithin des wirklichen gleichen Rechts.

3.) Die Appellation ist nothwendig mit Devolution verbunden *), weil der nämliche Richter zwar ein geltendes Urtheil aufheben und dagegen restituiren, aber unmöglich sein nicht geltendes Urtheil wegen angeblicher Misharmonie desselben mit dem wirklichen Rechte reformiren kann **). Restitution dagegen kann nicht mit Devolution verbunden seyn ***), weil das Urtheil, gegen welches das Rechtsmittel gerichtet ist, nicht einmal die angebliche Beschwerde enthält, und weil Urtheile ohne angebliche Beschwerde kein Gegenstand der Wirksamkeit des Appellationsrichters seyn können. Selbst die Präsiden der Provinzen restituirten gegen ihre eigenen Urtheile ****), so der Praefectus urbi und andere Magistrate *****), und endlich auch der ohne das inappellable Praefectus praeto-

*) Cod. Jud. bav. Cap. 15. §. 9. nr. 1.

**) Cod. Jud. bav. Cap. 15. §. 8.

***). Eod. Cap. 16. §. 1. nr. 4.

****) L. 42. D. de minor.

*****). L. 16. §. ult. D. eod.

rio. *) Mithin kann gegen das Urtheil des Unterrichters nicht beim obern, sondern bei jenem selbst Restitution gesucht werden.

4.) Auf neuem faktischen Vorbringen beruht wesentlich die Begründung des Restitutionsgesuchs **), ohne eine solche Begründung ist die Aufhebung eines rechtskräftigen Urtheils rechtlich nicht möglich. Auf neuem faktischen Vorbringen beruht dagegen wesentlich die Begründung der Appellation nicht, es kommt nur zufällig dabei vor ***).

5.) Bei der Restitution ist die, vom restituirenden Richter nothwendig und präjudiciell zu entscheidende Vorfrage, ob das angeblich neue faktische Vorbringen wirklich neu sey? wesentlich. ****) Ist diese Angabe unwahr, so kann gegen das unbilligste Urtheil, da es einmal wirklich formalisirtes Recht enthält, nicht restituirt werden. Bei der Appellation ist jene Frage nicht wesentlich. Es ist darüber nichts präjudiciell zu entscheiden, und es kommt einzig und allein auf die Harmonie des nicht rechtskräftigen vorigen Urtheils mit den vor oder nachher, früher oder später angegebenen Rechtsmerkmalen an. *****)

*) L. 17. D. eod.

**) Cod. Jud. Cap. 16. §. 1. nr. 2.

***) Eod. Cap. 15. §. 5. nr. 8.

****) Eod. Cap. 16. §. 1. nr. 5.

*****) Eod. Cap. 15. §. 11.

6.) Bei der Restitution hebt der Richter um des wirklich neuen faktischen Vorbringens willen das formalisirte Recht auf; bei der Appellation läßt er um des nach Wahrheit und Gesez zu formalisirenden Rechts willen Nova zu. Dort bahnen Nova, im Gefolg von Wahrheit und Gesez den Weg zum restituirenden Urtheile, hier bahnen umgekehrt Wahrheit und Gesez (auf welche es bei der Restitution zunächst gar nicht ankommt) im Gefolge von neuen faktischen Vorbringen, den Weg zur reformirenden Sentenz.

7.) Die Appellation hat Suspensivkraft. *) die Restitution dagegen wenigstens bei uns nicht. **)

8.) Die Restitution und die Appellation haben ganz verschiedene Fatalien. ***)

9.) Die Restitution kann propter noviter repertas probationes wiederholt werden, ****) nicht so die Appellation, wenigstens nicht von dem, der sie zuerst gesucht hat.

Aus allen diesen Unterscheidungsmerkmalen folgt, daß deswegen, weil Restitution auf bloße Nova gegründet werden muß, Appellation dagegen auf Nova gegründet werden kann, Restitution und Appella-

*) Cod. Jud. Cap. 15. §. 9. nr. 2.

**) Novelle v. 24. Sept. 1766. M. G. S. Bd. I. p. 36.

***) Cod. Jud. Cap. 15. §. 6. n. 1. vergl. mit C. 16. §. 1. nr. 3.

****) Cod. Jud. Cap. 16. §. 1. nr. 10.

tion dennoch nicht in einander fließen, nicht zusammen verwechselt, nie nach Willkühr einander substituirt, oder mit einander cumu-
lirt werden können.

Es folgt ferner, daß der vom jüngsten Reichsabschiede wegen neuem faktischen Vorbringen vorgeschriebene Appellationseid nicht zur Begründung einer Wiederherstellung in den vorigen Stand abgelegt wird, und daß die Gesetzgebung ihrem Geiste nach nie eine Verbindung der Appellation mit der Restitution gestattet, und daß beide Rechtsmittel bloß den Zweck gemein haben, die Abänderung des vorigen Urtheils zu bewirken.

§. 15.

Restitution gegen rechtskräftige Urtheile kann nur ex novis begehrt werden.

Daß neue, erhebliche Thatumstände oder Beweise, die vorhin dem Richter unbekannt waren, das Wesen dieses Rechtsmittels ausmachen und es von andern unterscheiden, braucht keines Beweises.

Eben auf diese Geseze *), welche von einer Restitution ob noviter reperta instrumenta reden, ist es gegründet.

Die Natur des Rechtsmittels und klare Geseze rechtfertigen diese beiden Erfodernisse

*) L. 35. D. L. 4. Cod. de re judicata.

im Allgemeinen. Denn betrachtet man die Natur des Rechtsmittels der Restitution, so wird dadurch die Gerechtigkeit des richterlichen Ausspruches nicht angefochten, das Urtheil keiner Unbilligkeit und der Richter keines Irrthums beschuldigt, sondern der Grund des Restitutionsgesuchs darin gesetzt, daß dem Richter die wahren Umstände nicht vorgelegt worden seyen, welche, wenn sie ihm schon zur Zeit des ergangenen vorigen Urtheils bekannt gewesen wären, ihn bewogen hätten, anders zu erkennen; folglich kann schon nach der Natur der Sache ein Restitutionsgesuch nur auf neue, vorher nicht vorgetragene oder gekannte und erhebliche Gründe gebaut werden.

§. 16.

Fortsetzung.

Auch Minderjährige läßt unser Codex Judiciarius *) ad restitutionem contra sententiam andergestalt nicht, als ex novis zu; wenn sie nur sonst in den Rechten genugsam vertreten, zu ihrem Schaden nichts darin unterlassen, und von dem Gegentheile keine offenbare Gefährde hierunter gespielt worden ist; denn die Laesion wird auch bei Minderjährigen als ein wesentliches Stück ad restitutionem erfordert, und besteht eben nicht

*) Cod. Jud. Cap. 16. §. 1. nr. 2.

darin, daß die Sentenz nachtheilig ausgefallen sey, indem sonst allemal Restitution gesucht werden könnte, sondern daß zu ihrem merklichen Nachtheile im Processe etwas unterlassen oder gefährlicher Weise begangen worden sey, z. B. wenn der Vormund sich contumaciren läßt, oder solche in Händen habende Documente nicht producirt, welche ein obsiegliches Urtheil schlechterdings herbeiführen würden.

§. 17.

Von Beschaffenheit der Nova.

Die Nova müssen

1.) solche in facto bestehende Umstände seyn, welche in den vorigen Verhandlungen noch nicht vorgekommen sind *), weil es sonst keine Nova, sondern nur recocta sind. Allenthalben verbieten die Geseze bei der Restitution die Anführung desjenigen, was schon in den vorigen Verhandlungen vorgebracht wurde. Daß also diejenigen neuen Thatsachen oder Beweise, welche in den vorhergehenden Verhandlungen noch nicht vorkamen, das Rechtsmittel der Restitution begründen, ist eine ganz unbestrittene Wahrheit.

2.) Die Nova müssen in facto und nicht in jure bestehen **). Ein neuer

*) Cod. Jud. Gap. 16. §. 1. nr. 2. et in notis lit. a.

**) l. c.

faktischer Grund muß es seyn, denn ein neuer juridischer Grund begründet keine Restitution, doch mit Ausnahme des Gewohnheitsrechts, in soferne demselben Thatsachen zum Grunde liegen. Das Jus bleibt ohngeachtet aller Verdrehungen immer das nämliche; es nützen also bloße Allegationen von neuen, vorhin nicht beigebrachten Rechtsstellen oder Authoren hierin nichts mehr, weil man sonst nie an ein Ende kommen würde. Uebrigens wird ja der Richter bei der Restitution nicht beschuldigt, daß er eine Unbilligkeit oder Ungerechtigkeit begangen habe; sondern sie ruht in dem, daß der Richter die wahren Verhältnisse nicht kannte. Hat also der Richter nur in dem Rechte (in jure) geirrt, kannte er die wahre Lage der Sache, hat er aber eine Rechtsfrage schief entschieden, die rechten Geseze nicht gekannt, die ächten Entscheidungsquellen vernachlässiget, so ist dieses ein Gravamen, es begründet eine Appellation, oder Nullitätsklage, aber keine Restitution.

3) Die Nova müssen erheblich*), d. i. so beschaffen seyn, daß durch sie der Richter bestimmt werden kann, sein voriges Urtheil abzuändern; durch die beigebrachten Nova muß also die ganze Hauptsache selbst verändert werden: z. B. ich bin condemnirt worden, eine gewisse Schuld zu bezahlen,

→ loc. cit.

und später findet sich die Quittung vor, daß ich diese Schuld schon längstens entrichtet habe; oder die Erbschaft wird meinem Gentheile ex testamento zugesprochen, und es äussern sich nach der Hand solche Proben, wodurch falsitas instrumenti hinlänglich durch vollständigen Beweis dargethan werden kann.

4.) Ist nöthig, daß die Nova nicht schlechterdings angegeben, oder erdichtet, sondern genugsam erwiesen seyn, und zwar nicht semiple-
ne, sondern plene *). Es ist daher in beiden angeführten Fällen nicht genug, wenn ich neue Vermuthungen de facta solutione, oder neue Verdachtsgründe wegen dem verfälschten Testamente beibringe, sondern ich muß die angebliche Bezahlung, oder die Falschheit des Testaments vollständig beweisen, indem sonst kein Richter darauf sprechen, und die vorige Sentenz wieder aufheben kann.

5.) Der Impetrant muß vor der Sentenz, wider welche er restituirt zu seyn verlangt, die beigebrachten Nova in facto nicht gewußt, oder nicht für dienlich erachtet, oder wenigstens legaliter beizubringen nicht vermocht haben **), sonst werden sie pro novis nicht

*) l. c.

**) ibid.

geachtet, und daß sich dieses so verhält, liegt dem Impetranten der Beweis ob. Dieser Beweis wird nach gemeinem Rechte blos durch den Eid, nach baierischem Rechte *) aber auf andere Wege statt des Eides geliefert; doch wird dem Impetranten auf den vom Gegentheile zu begehrenden Eid hierin falls geglaubt, wenn der Gegentheile das Contrarium nicht beweisen kann, daß dem Impetranten das angebliche Novum vorhin schon bekannt, und leicht beizubringen war. Dieser Eid, welcher auf Begehren geleistet wird, ist selbst bei den höchsten Reichsgerichten den fürstlichen Personen nicht nachgelassen worden.

§. 18.

Kann bei der Restitution dasjenige gebraucht werden, was schon in den vorhergehenden Verhandlungen angeführt worden?

Diese Frage ist wohl eine der schwierigsten: Gründe, die in den vorigen Acten schon vorkamen, darf man allerdings mit bessern Beweisen, als die vom Richter verworfenen waren, unterstützen; denn dies sind wahre Nova. Hat also der Richter ein Argument verworfen, weil er es nicht genug bewiesen fand, so darf dies allerdings in Resti-

*) l. c.

tutorio wiederholt, aber es muß mit neuen, bessern Beweisen unterstützt werden. Die Gründe, die den Richter zu seiner Entscheidung bewogen haben, und die man vorher zu beseitigen nicht im Stande war, darf man daher, wenn man kann, in Restitutorio mit neuen Gegenbeweisen widerlegen, die das ersetzen, was der Richter vorher vermißte.

Ausser diesem Falle kann man auf bloße Antiqua keine Restitution begründen, besonders nicht aus dem Vorwande, als wären diese Gründe in den vorigen Acten zwar an, aber nicht ausgeführt worden; denn auf die Deduction eines Sazes kommt es nicht an; der Richter muß jeden Umstand, der von den Parteien angeführt wurde, ohne Rücksicht auf die damit verbundene Ausführung, nach seiner Wichtigkeit bei der Entscheidung zu Grunde legen. Offenbar würde hiedurch das alte verdrüsslich recapitulirt, und das Restitutorium in ein Revisorium, in eine Beschwerde gegen den Richter, daß er auf die angeführten erheblichen Umstände nicht Rücksicht genommen, verkehrt, und so gegen die Eigenschaften des Restitutionsmittels gehandelt.

Auch wenn nur dieselben Thatumstände zu Grunde liegen, aber die Sache aus einem andern Fundamente, worüber seither noch nicht erkannt worden, gefodert wird, so kann dies im Wege der Restitution nicht ge-

schehen, nicht sowohl deswegen, weil es an Novis gebricht, sondern weil da, wo man die Sache aus einem andern Fundamente begehrt, ein ganz anderer, vom vorigen unabhängiger, bis jetzt noch unentschiedener Prozeß entsteht, folglich die Identität des Streitobjectes, die Bedingung aller Rechtsmittel hinwegfällt. Jede Restitution ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, dessen sich derjenige nicht bedienen kann, dem ein ordentliches verliehen ist.

§. 19.

Begründen Nova, welche die Partei bei den vorigen Handlungen schon hatte, aber nicht für dienlich erachtete, das Rechtsmittel der Restitution?

Wenn gleich einige Rechtslehrer auszuführen suchen, wie gefährlich es sey, die Entschuldigung anzunehmen, man habe nicht geglaubt, daß es nöthig sey, dies oder jenes anzuführen, oder beizubringen, so darf man nur die Formel des Restitutionseides betrachten, wie sie die gemeinen Bescheide von 1669 und 1671 festsetzten, um in der deutlich ausgesprochenen Alternative: „daß die Parteien von ihrem neuen Vorbringen vorher keine Wissenschaft gehabt, oder solches doch zu der Sache dienlich zu seyn (nicht vermeint)“, die Ueberzeugung zu finden, daß

auch dasjenige als Novum in der Restitution zulässig sey, was eine Partei vorher anzuführen, nicht für dienlich erachtete.

Unser Codex Judiciarius *) erwähnt aber nichts hievon, denn es heisst da blos: „dass er (Implorant) von sothanen Novis entweder nichts gewusst, oder solche wenigst legaliter beizubringen ante sententiam nicht vermögt habe.“

§. 20.

Von Novis, die der Implorant selbst in seiner Verwahrung, oder in seinem Archive hatte.

Wenn der Implorant selbst die Nova in seiner Verwahrung oder in seinem Archive hatte, so wollen einige in diesem Falle eine Restitution nicht zulassen. — Allein, wie hart wäre eine solche Bestimmung! da es doch leicht möglich ist, dass etwas, besonders in grossen, oft durch Zufälle, Brand, Translocirung, zerstreuten Archiven, lange Zeit vergeblich gesucht, und endlich durch einen glücklichen Zufall wieder gefunden wird. Sollte nun derjenige, der blos wegen Mangel an Beweismitteln im Prozesse unterlag, nunmehr nicht mit der Restitution auftreten können; da der Sieg jetzt für ihn auf offener Hand liegt? Meine Meinung ist daher, dass

*) Cod. Jud. Cap. 16. §. 1. nr. 2.

ihm allerdings das Rechtsmittel der Restitution nicht genommen werden könne.

§. 21.

Von Novis, die bisher aus Verschulden unbekannt geblieben sind.

Auch hier sind die Meinungen getheilt: und wenn sich einige äussern, daß diejenigen Nova keine Restitution begründen, welche dem Imploranten durch sein Verschulden unbekannt geblieben sind, so haben sie bloß den allgemeinen Rechtsgrundsatz für sich, daß jeder die Folgen seiner Nachlässigkeit tragen müsse. Vergleicht man aber die gesetzlichen Verordnungen, so findet man in denselben keinen Grund zu dieser Einschränkung. Sie fordern von dem Impetranten nichts, als daß er keine Wissenschaft von den Novis hatte, oder daß er sie anzuführen nicht für dienlich erachtete *); daß er von ihnen auch keine Wissenschaft haben konnte, hievon melden die angeführten Bescheide nichts, und doch hätten sie dieses Erfoderniß mit leichter Mühe ausdrücken können, und nicht übergehen sollen, weil sie sogar da, wo der Implorant die Nova kannte, die Restitution zulassen, sobald er schwören will, daß er sie anzuführen, nicht für dienlich ansah. Offenbar wollen daher die Geseze, sobald sie vere nova

*) Gemeine Bescheide von 1669 und 1671.

sind, die Restitution begünstigen. Und zu was sollte denn endlich diese Einschränkung nützen? *Culpa non praesumitur!* Der Gegentheil, welcher daraus die Unzulänglichkeit der Restitution ableiten wollte, müßte darüber den Beweis führen; ein Beweis, der in hundert Fällen unmöglich ist, immer aber unnöthigen Aufenthalt in der Sache machen, einen Streit über den andern erregen, oder zu einem neuen Eide vor Gefährde Veranlassung geben würde, welcher so wenig, als die andern Eide vor Gefährde fruchtete.

§. 22.

Vom Restitutionsgesuche.

Die Rechtsschrift, worin um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten wird, ist auf folgende Art einzurichten:

1) mit einer kurzen Geschichtserzählung beginnt man den Anfang; sodann folgt

2) die Prozeßgeschichte mit Anführung des in Frage stehenden richterlichen Spruches, und des Publikationstages.

3) Führt man die neu vorgefundenen Thatumstände sammt den rechtserforderlichen Beweisen an, rechtfertigt sich, daß die *Fatalia* noch nicht verflossen seyen, und erbiethet sich *circa nova* zum Eide. Endlich schließt man

4) mit der Bitte, nach Erwägung dieser Umstände den ersten Spruch abzuändern.

Was die äußerlichen Eigenschaften dieser Schrift betrifft, so kommen bei uns die im Cod. Jud. Cap. IV. §. 10. von der Klage aufgeführten äußerlichen Requisite zur Anwendung.

§. 25.

Richterliche Verfügung hierauf.

Der Richter hat sodann das Vorgeben des Restitutionssuchers genau zu prüfen, und wenn er es offenbar ungegründet findet, sogleich von Amtswegen zu verwerfen, und sowohl an den Parteien, als ihren Advokaten nach dem Betrage des Prozesses den verübten Muthwillen zu bestrafen. *) Ausserdem soll das Restitutionslibell dem Gegentheile mitgetheilt, die Sache, wie in andern Fällen, daher auch mit Aufnahme der Beweismittel genugsam untersucht, sodann bis zum Schlusse verfahren und salvo appellatorio gesprochen werden. **) Läßt sich z. B. Impetrat vernehmen, das er beweisen wolle, daß diese Nova dem Impetranten schon zuvor bekannt gewesen seyen, so wird ihm der Beweis mit-

*) Cod. Jud. Cap. 16. §. 1. nr. 8. et in notis lit. i. item Cap. 4. §. 17. Mand. dd. 24. Sept. 1766. in der M. G. S. I. Bd. p. 36, dann in den Novellen zur bayerischen Gerichtsordnung vom Jahre 1811. S. 300.

**) Cod. Jud. l. c. nr. 5. et in notis lit. f. — Mand. de dato 16. Aug. 1779. in der M. G. S. I. Bd. p. 174. §. 13.

tels Vorbescheids auferlegt, indessen aber das Juramentum circa nova suspendirt. In dubio muß Impetrant ad juramentum veritatis, daß ihm diese Nova nicht eher bekannt gewesen, angehalten werden, wenn der Gegentheil diesen Eid begehrt.

§. 24.

Wirkung des Restitutionsgesuchs.

Die Wirkung eines eingereichten Restitutionsgesuchs ist verschieden; man hat nämlich zu unterscheiden zwischen einer bloß nachgesuchten, und bereits erlangten oder zuerkannten Restitution.

Erstere war ehemals so wirksam, daß sie selbst die Vollziehung hemmte *), wenn anders das richterliche Urtheil noch nicht vollstreckt, und nebenbei der Grund des Restitutionsgesuchs, oder der angebliche neue Thatumstand soweit erörtert und bescheiniget war, daß der Richter solches nicht ohne Grund zu seyn leicht erachten kann.

Allein gemäß General-Mandat vom 24. Sept. 1766. **) soll durch das interponirte Restitutionsmittel die Vollstreckung niemals aufgehoben seyn, wenn nur der siegende Theil, gegen welchen die Wiedereinsetzung nachgesucht wird, auf den Succumbenzfall hinläng-

*) Cod. Jud. Cap. 16. §. 1. nr. 7. et in notis lit. h.

**) M. G. S. I. Bd. p. 36.

liche Caution zu leisten vermögend ist. Der Grund, warum diesem Rechtsmittel der Effectus suspensivus benommen wurde, dürfte darin liegen, weil derjenige, welcher ein Urtheil für sich hat, weit eher verlangen kann, in Besiz gesetzt zu werden, als derjenige, welcher meistens frevelhafter Weise Restitution sucht, das Urtheil keiner Ungerechtigkeit beschuldigt und seinem eigenen Fehler zuzuschreiben hat, daß er das Factum nicht gleich anfangs besser dargestellt hat. Ueber dieses wird die Sache durch die Restitution wieder in den vorigen Stand gesetzt, wo sie ante laesionem gewesen, welches derselben Endzwek mit sich bringt.

Entgegen eine bereits impetrirte oder zuerkannte Restitution wirkt, daß nicht blos in puncto restitutionis, sondern auch zugleich in der Hauptsache mitgeurtheilt wird, *) was auch bei den höchsten Reichsgerichten üblich war **), damit nicht der Richter und die Parteien mit doppeltem Prozeß beschwert und ermüdet werden.

§. 25.

Fortsetzung.

Daß übrigens die Restitution in der Regel Effectum suspensivum habe, ist aus der L.

*) Cod. Jud. Cap. 16. §. 1. nr. 9.

**) Moser in R. H. R. Conc. T. 3. pag. 621.

un. Cod. de in integ. restitutione postulata ne quid novi fiat, zu entnehmen, wo es Kaiser Gordian mit den Worten: *perspicui juris est*, als etwas bekanntes und zur Natur des Remedii gehörendes voraussetzt; der Effectus suspensivus ist also schon *juris communis*. — Das *jus canonicum* macht aber hier eine merkwürdige Ausnahme. In C. 6. X. de in int. rest. sagt Papst Innocenz III. „ne vero per excogitatam malitiam, sicut ex praesumptionibus pluribus videbatur, effectum sententiae in damnum episcopi contingeret, impediri, neve monasterium per executionem sententiae propter diversas suspiciones incurreret detrimentum, nos aequitate pensata jure duximus providendum, ut ante omnia supra dicta sententia executioni mandetur; volumus nihilo minus et mandamus, ut ab ipso episcopo recipiatis idoneam cautionem, quodsi monasterium in causa ipsa praevaluerit, universa quae medio tempore sententiae ipsius occasione perceperit, monasterio restituat memorato.“

Welchem von beiden beizustimmen, wird sehr bestritten; viele suchen eine Composition zu treffen, und das *jus civile* pro regula, das *Canonicum* pro Exceptione auf den Fall anzusehen, wenn die Restitution nur calumniose und der bloßen Verzögerung willen gesucht worden zu seyn scheint.

Diese Meinung stimmt nicht nur mit der Kammergerichtsordnung, sondern auch mit

der reichsgerichtlichen Praxis vollkommen überein. Uebrigens hingen die Reichsgerichte ihren Erkenntnissen, damit die Sache nicht dadurch aufgehalten wurde, wenn man mit der Execution allzeit zuwarten soll, bis etwa dem Gegner mit dem Restitutionsgesuche inner dem vorgeschriebenen Quadriennium auszurücken gelegen ist, nach Recels novis §. 159 allzeit gleich die Execution mit einem Termin von zwei Monaten an, und trieben dadurch den condemnirten Theil soweit in die Enge, daß er entweder die Execution leiden, oder noch vor derselben innerhalb gedachter zweimonatlicher Frist die Restitution suchen mußte.

§. 26.

Vom Restitutions - Fatale.

Nach dem ältern römischen Rechte war den Restitutionen der Termin eines Jahres festgesetzt mit Ausnahme der *contra status mutationem*, welche *perpetua* war. *) Justinian hat aber statt dessen das Quadriennium eingeführt **); so zwar, daß man die Feiertage nicht abziehet, sondern *tempus continuum* rechnet; und obwohl der Impetrant sich innerhalb diesem Termin so zeitlich melden soll, damit auch das *punctum restitutionis*

*) L. 2. §. f. D. de cap. minut.

**) L. 7. Cod. de temp. restit. in integr.

vor Ausfluß desselben noch ausgemacht werden kann, indem der allegirte Text das bestimmte Quadriennium nicht nur pro interponenda, sondern auch pro finienda restitutione setzt, so sieht man doch in praxi nur darauf, ob Impetrant sich intra Quadriennium gemeldet habe, oder nicht.

Von welcher Zeit an das Quadriennium laufe, darüber sind die Authores nicht einig. Einige sagen, es laufe vom Tage des Urtheils an, andere sagen, a tempore noviter reperorum. Allein diese Meinungen scheinen blos auf einem Wortstreite zu beruhen. — Das Gesetz scheint keinen andern Terminum a quo zu kennen, als das Urtheil ad analogiam der erlangten Großjährigkeit des Minorennen, und findet der durch die Sentenz Ueberwundene innerhalb des Quadriennii seine neue Urkunde, so muß er auch innerhalb desselben Gebrauch davon machen, und darf das Quadriennium nicht erst a tempore reperorum novorum rechnen; findet er sie aber erst nachher, so ist dies auch die Zeit, wo er seine Laesion innen wird, und von da, als dem Fundamente der Restitution, fängt auch alsdann das Quadriennium an.

§. 27.

Fortsetzung.

Das Jus bavaricum weicht von dem Jure communi hinsichtlich des Termins, die Re-

D

stitution nachzusuchen, ab. Lezteres hat, wie wir bereits vernommen, den Termin auf 4 Jahre festgesetzt, ersteres hingegen hat ihn auf 4 Monate eingeschränkt *), innerhalb welchem die Restitutio sub poena desertionis nachgesucht werden muß, und es läuft da der Termin, weil die restitutio regulariter ex Capite novorum contra sententiam nachgesucht wird, erst von der Zeit an, da sich die Nova in Conformitate des abgelegten Eides hervorgethan haben. Bei Minderjährigen rechnet dasselbe zwar ebenfalls von der Zeit ihrer Majorennität, oder in casu veniae aetatis, von der Zeit der landesherrlichen Verleihung, aber nicht nach gemeinem, sondern nach statutarischem Rechte.

Bei Kirchen, Gemeinden, causis piis, fisco etc. die den Minderjährigen gleich gehalten werden, beginnt der Lauf des viermonatlichen Fatale von der Zeit, als sich die angeblichen Nova hervorgethan haben; wenn sie aber nicht ex capite novorum, sondern ob laesionem ex propria negligentia vel dolo adversarii restituirt zu werden verlangen, a die publicatae sententiae; hat sich aber die Laesion erst nach der Hand geäußert, so fängt das Fatale von der Zeit zu laufen an, als man Wissenschaft von der Laesion erlangt hat. **)

*) Cod. Jud. Cap. 16. §. 1. nr. 3 und 4.

**) Cod. Jud. Cap. 16. §. 1. nr. 6.

Uebrigens ist die Restitutio ex capite minorennitatis eine blofse Personal Sache, welche regulariter nur den Minderjährigen, nicht aber seinen andern Litis Consorten zu Guten geht. Dies verordnet schon die L. un. Cod. si in comm. eadem causa, womit unser Codex ganz übereinstimmt *); ausgenommen, wenn die Litis-Consortes causam individuum mit dem Minderjährigen haben; d. h. wenn das Recht des Minderjährigen mit dem Rechte anderer Litis - Consorten dergestalt verknüpft ist, dafs er das Seinige nicht wohl geniessen kann, ohne dafs nicht die andern in den Mitgenufs aufgenommen würden, z. B. in Dienstbarkeiten.

§. 28.

Die Restitution ist kein devolutives Rechtsmittel.

Die Restitution hat das Eigene, dafs sie der Richter, der vorhin gesprochen hat, selbst erörtert und entscheidet, und dafs also dieselbe die Sache an keinen höhern Richter devolvirt. Selbst die Präsidcs der Provinzen restituirten gegen ihre eigenen Urtheile **); so der Praefectus urbi und andere Magistrate ***), und endlich auch der ohne das inappellable

*) Cod. Jud. Cap. 16. §. 1. nr. 12.

**) L. 42. D. de min.

***) L. 16. §. ult. D. eod.

Praefectus praetorio *); mithin kann gegen das Urtheil des Unterrichters nicht beim Obern, sondern bei jenem selbst die Restitution gesucht werden. Es folgt daher, dafs es unrichtig sey, wenn einige Schriftsteller behaupten, dafs man nach gemeinem Rechte dieses Rechtsmittel nicht blos bei dem vorigen, sondern auch bei dem höhern Richter gebrauchen könne.

Wenn übrigens einige aus dem Reichsabschiede vom Jahre 1570 §. 69. schliessen wollen, dafs die Restitution auch bei dem Oberrichter angebracht werden könne, so versteht sich doch dieses nur von dem Falle, wenn das Restitutionsgesuch incidenter in der Appellation miteinflieft, welches sich öfters zuträgt, wenn die Fatalia ohne Verschulden verstrichen, oder post sententiam latam, ehe selbe noch in rem judicatam erwachsen ist, nova in facto hervorkommen, denn da ist kein Zweifel, dafs man restitutionem in integrum in appellatione zugleich incidenter mitbegehren könne, weil die Natur und Eigenschaft eines Incidentis vel accessorii so beschaffen ist, dafs es seinem Principale folgt.

§. 29.

Fortsetzung.

Neuere Schriftsteller hingegen erklären sich für die gegentheilige Meinung, und be-

*) L. 17. D. eod.

haupte: das Rechtsmittel der Restitution gegen Urtheile müsse schlechterdings bei dem nämlichen Richter angestellt werden, welcher das vorige Erkenntniß fällte; womit auch unser Codex übereinstimmt *).

Die Gründe hiefür sind folgende:

1.) Die Restitution ist keine Beschwerde gegen den vorigen Richter, sondern man begründet sie mehr auf einen Irrthum der Partei. Hier fällt also der Begriff einer Klage oder Beschwerde hinweg, welche als Bedingung, um die Gerichtsbarkeit des höhern Richters zu begründen, von den Gesezen vorausgesetzt wird.

2.) Das Recht der ersten Instanz, welches keinem Theile abgesprochen werden kann, scheint es zu fodern, daß Restitutionsgesuche gegen Urtheile bei dem höhern Richter nicht angebracht werden können. Dieses Rechtsmittel fodert Nova, welche in den vorigen Verhandlungen noch nicht vorgekommen sind, worüber also bisher weder verhandelt, noch gesprochen wurde; wollte man also über diese Nova sogleich den Oberrichter angehen, so würde der Partei darüber die erste Instanz abgeschnitten, und die Gerichtsbarkeit des Oberrichters gegen das Gebot der Geseze per saltum begründet.

*) Cod. Jud. Cap. 16. §. 1. nr. 4.

3.) Selbst im Begriffe der Restitution scheint es zu liegen, daß der nämliche Richter, wo man ex errore facti eine Verletzung erlitten hat, Hülfe ertheile. Endlich

4.) war die Analogie der reichsgerichtlichen Praxis offenbar für den Satz, daß Restitutionen an den obern Richter nicht gehören.

§. 30.

Hat gegen die Restitution eine Appellation statt?

Wer sich im Prozesse durch irgend eine richterliche Verfügung beschwert zu seyn erachtet, dem steht jederzeit der Berufungsweg an den höhern Richter offen. Nachdem dies ein allgemeiner Grundsatz ist, so gilt er ganz natürlich auch von der Abschlagung oder Bewilligung der Restitution. Wer sich daher hiedurch verletzt glaubt, der kann allerdings dagegen die Appellation ergreifen, womit auch unser Judiciar-Codex übereinstimmt *), denn, wer Restitution gegen ein Urtheil ergreift, führt eigentlich keine Beschwerde gegen dasselbe, sondern er läßt es an sich in rem judicatam erwachsen, und klagt gleichsam ex novo fundamento; wird ihm nun also die nachgesuchte Restitution abgeschlagen, so hat er gegen das erste Urtheil kein Remedium, es

*) Cod. Jud. Cap. 1. §. 16. nr. 10.

wäre denn, daß ihm hiezu die *Fatalia* noch liefen; sondern gegen das in *restitutorio* ergangene Urtheil kann seine Beschwerde nur darin bestehen, daß seine *Nova* nicht angenommen oder dafür angesehen worden, und wenn er nun dagegen die Appellation ergreift, so kann vom Obergerichter nur über diese *Nova* geurtheilt werden. Hieraus ergibt sich, daß man die Einwendung der Appellation gegen die, in *restitutorio* ergangenen Urtheile nicht verhindern oder abschlagen könne, und daß es in *Appellatorio* blos auf die Untersuchung der Frage ankomme, ob die *Nova* mit Recht verworfen worden oder nicht? und daß man sich über das erste Urtheil, wenn die Appellation nicht in dem, von demselben annoch offenen *Fatale* eingewandt worden, kein Erkenntniß anmassen soll.

§. 31.

Hat Restitution gegen ein Appellationsurtheil statt?

Ob der in *Appellatorio* Unterliegende Restitution nachsuchen dürfe? bejahen die meisten Schriftsteller theils ausdrücklich, theils *eo ipso* dadurch, daß sie den successiven Gebrauch beider *Remediorum* überhaupt gestatten; so sagt Pütter in *introd. in rem jud. Imp.* §. 477. mit mehreren andern: *Finita revisione, restitutio in integrum, si vere ad-*

huc nova relevantia noviter reperiantur, quadriennio salvo, nunquam denegenda est; und in Epit. §. 248. „post revisionem adhuc ad restitutionem confugere, non est illicitum.“ Uebrigens mußte diese Restitution bei dem K. Kammergerichte nachgesucht werden. *)

§. 32.

Die Restitution kann wiederholt werden.

Dafs dieses Rechtsmittel wiederholt werden könne, bewährt L. 2. 3. Cod. si saepius in integ. rest. postuletur, wo Kaiser Philipp sagt: „in una eademque causa iteratum in integr. restit. auxilium non jure, nisi novae defensiones praetendantur, posci saepe rescriptum est“; und eben dieses bekräftigt das kanonische Recht in Can. f. X. de in integ. restit.

Hiedurch ist auch ausgesprochen, dafs die Restitution in der Regel nicht wiederholt werden könne, zwei Fälle ausgenommen: 1.) wenn es sich um einen neuen Punkt handelt, ibi per verba: in una eademque causa etc. und 2.) wenn sich nova hervorthun, ibi: nisi novae defensiones praetendantur, so kann man z. B. in der Hauptsache noch restituirt werden, ohngeachtet man vorher in causa vel puncto incidenti v. g. contra lap-

*) Tafinger in Instit. jur. cam. T. 2. §. 1059.

sum fatalium, termini probatorii u. dgl. schon öfters restituirt worden ist, weil dieses nicht idem, sondern diversum punctum betrifft. Ist man aber in dem nämlichen Punkte mit der Restitution einmal abgewiesen, so wird man nicht mehr angehört, ausser man bringt andere Nova vor; denn das neu Vorgebrachte bedarf neuer Hülfe, und diese kann öfters wiederholt werden, nur müssen die Nova die vorgeschriebenen Requisite an sich tragen. Uebrigens soll der Richter vorsichtig bei Zulassung wiederholter Restitutionsgesuche seyn, weil das Gesez selbst sagt: de jure fände die Rest. in int. wiederholt nicht statt, und weil sie besonders neue Beweise fodert, die also hier noch sorgfältiger, als bei der ersten Restitution zu untersuchen sind.

Mit dem römischen und kanonischen Rechte stimmt hierin auch unser Codex *) vollkommen überein, und die Praxis kennt kein Beispiel, daß eine Restitution bloß deswegen, weil sie eine wiederholte gewesen, abgeschlagen worden wäre.

§. 33.

Kann die Restitution von dem, der vorhin gewonnen, in restitutorio aber verloren hat, eingewandt werden?

Wenn demjenigen, welcher mit dem ersten Restitutionsgesuche abgewiesen worden,

*) Cod. Jud. Cap. 16. §. 1. nr. 10.

die zweite zu suchen erlaubt ist, ohngeachtet er vielleicht schon vorhin in allen Instanzen unterlag, so wird es desto weniger Zweifel unterworfen seyn, daß demjenigen, der das Haupturtheil für sich hatte, nachdem dieses in restitutorio reformirt worden ist, auch seiner Seits Restitution nachzusuchen erlaubt seyn müsse.

§. 54.

Kann das Rechtsmittel der Restitution mit andern Rechtsmitteln verbunden werden?

Daß kein anderes Rechtsmittel den nachherigen Gebrauch der Restitution ausschliesse, und daß in soweit subsidiarisch deren Cumulation erlaubt sey, ist keinem Zweifel unterworfen. Mit den übrigen Rechtsmitteln fechtet man die formelle Richtigkeit der richterlichen Reflexion an, mit der Restitution bestreitet man die materielle Zweckmäßigkeit des Urtheils, und mit Recht hatte die jüngste Visitation des Reichskammergerichts einen reichskammergerichtlichen Rathschluß abgewürdigt, welcher den Parteien unter der Revision und Restitution nur so, daß ein Rechtsmittel das andere ausschliesse, die Wahl zugestehen wolle. Allein, simultane Verbindung mit devolutiven Rechtsmitteln ist darum unerlaubt, weil die Restitution zu den nicht

devolutiven gehört, und eben so unstatthaft ist die Verbindung mit denjenigen Rechtsmitteln, welche neues Vorbringen nicht zulassen.

§. 35.

Gegen welche Urtheile kann die Restitution zugelassen werden?

Die Restitution kann in der Regel gegen jede Sentenz, wodurch man lädirt ist, gesucht werden, sie sey definitiva oder interlocutoria. Es werden jedoch von den Autoren Ausnahmen gemacht; daraus, daß die Restitution ein *Remedium extraordinarium* sey, welches erst dann statt haben kann, wenn kein ordentliches Rechtsmittel gegen das Urtheil vorhanden ist, zieht Bar. v. Kreitmayer *) den Schluss, daß in *Summarissimo* und *Possessorio*, wo das *Ordinarium* et *Petitorium* noch übrig bleibt, die Restitution nicht statt habe; auch bei den Minderjährigen nur dann Platz greife, wenn kein *remedium ordinarium* mehr vorhanden ist, wie z. B. die *Actio tutelae*. v. Gehren **) behauptet das nämliche, weil eine in *Summarissimo* ergangene Sentenz *interlocutoria simplex*, und wie Gail ***) sagt,

*) Cod. Jud. Cap. 16 §. 1. nr. 1.

**) *Dissertatio de restitu. integr. contra sent. summ.*
Imp. trib. apud Cramer T. 1. Obs. 436. §. 11.

***) Lib. 1. Obs. 7.

nur die in Ordinario erfolgende, definitiva wäre. Cramer *) aber widerlegt diesen Satz: kein Gesetz sagt er, entscheide diesen Fall, und wenn zwar die Appellation von Urtheilen in Summarissimo in der Regel nicht gestattet werde, so leide doch auch dieses Ausnahmen, wo sie, wenn gleich *absque effectu suspensivo*, zuzulassen sey, zudem gerade kein Schluss von der Appellation auf die Restitution gelte, indem letztere vielmehr, als in *aequitate* gegründet, eher und so oft zu gestatten sey, als eine *Laesion* vorhanden wäre, welches auch in Summarissimo leicht der Fall seyn könnte, was er dann mit vielen Autoritäten, und verschiedenen Praejudiciis des K. Kammergerichts bestätigt, daher auch zwar die Regel festsetzt **) daß *contra interlocutoriam simplicem* keine Restitution Platz habe, dieses auch auf die Urtheile in Summarissimo ausdehnt ***), jedoch mit der Einschränkung: „*nisi appareat enormissimum praejudicium ei inferri, contra quem in summarissimo lata est sententia;*“ wohin er auch nach Umständen *causas spolii manifeste violenti*, und *immisiones ex lege fin. Cod. de Ed. D. Hadr. toll.* rechnet. Die Regel dürfte also wohl bleiben,

*) Cramer Tit. 1. Obs. 353.

**) Syst. proc. Imp. §. 1462.

***) *ibid.* §. 1463.

dafs contra interlocutorias simplices keine Restitution eintritt, wie dies auch Ludolf *) bestätigt, indem sie keine Laesion enthalten, und dafs blos gegen solche interlocutorias restitution gesucht werden kann, welche vim definitivae haben.

§. 36.

Fortsetzung.

Gegen eine non devolutoriam lassen die Authores gleichfalls keine Restitution zu, weil dadurch der Oberrichter seine Incompetenz anerkenne und eben deswegen die Sache an den Unterrichter remittire. Ludolf **) macht jedoch einen Unterschied, und sagt (wie mir deucht) ganz recht, in den Fällen, wo die Nondevolution auf der inappellablen Qualität der Sache, oder auf einem Privilegium des Unterrichters beruhe, wo mithin die Devolubilitaet durch keinen neuen Beweis darzuthun ist, fände keine Restitution statt. Er rechnet auch causas moram non ferentes dahin; dabei aber könnte man sagen, es dürfte die Restitution, jedoch absque effectu suspensivo, zugelassen werden. Wenn aber die Sache wegen ermangelnder Summe, oder weil man die Sententiam pro inhaesiva angesehen, für indevolubel gehalten worden,

*) T. 1. O. 107. not. 3.

**) T. 1. Obs. 107. not. 8.

und es wolle nun mediante restitutione, daß diesfalls ein Error in Facto wäre, gezeigt werden, so könne sie, meint er, allerdings zugelassen werden. Diese Grundsätze bestätigt er auch in Comm. syst. S. 2. §. 6. und rath mit Mynsinger *) und Roding **) in dem Falle, wenn mit anderen auch exceptio non devolutionis concurrirt, wo möglich nicht devolutorie zu sprechen. Cramer ***), v. Gehren ****), so wie Lange *****) führen eben diese Sätze aus, und ersterer bestätigt sie mit Cameral-Präjudizien.

§. 37.

Tres conformes sententiae schliessen die Restitution nicht aus.

Auch gegen tres conformes und contra laudum meint Lange †) wäre die Restitution unzulässig. Eben das behauptet Schweder ††) und setzt die Ursache hinzu: „jura siquidem non praesumunt, quod quis toties gravetur, in una eademque causa, hinc ne

*) Cent. 5. O. 3.

**) L. 3. t. 60. §. 36.

***) T. 1. O. 37.

****) Alleg. Diss. §. 12.

*****) Diss. de origine et progressu remedii rest. in integr. §. 15.

†) All. Diss. §. 17.

††) T. 6. consil. Tubing. cons. 35. nr. 28. 29.

in infinitum lites protrahere liceat, eandem certis terminis ex utilitate publica determinarunt et adeo litigandi libidinem merito sic constrinxerunt“; welches auch Mevius *) bestätigt und namentlich restitutio in integrum anführt. Dieses erläutert sich aber aus P. 4. Dec. 358. wo er sagt: „in una eademque causa iteratum in integrum restitutionis auxilium non jure, nisi novae defensiones praetendantur, poscitur“, und P. 5. D. 108. „ideo si post Rest. in int. petitam et rejectam appellatum fuerit, contra confirmatoriam prioris sententiae non habet locum ulterior restitutionis imploratio, nisi ex novis defensionibus illa proponeretur.“ Wie aber die Regel de tribus conformibus nicht einmal bei Appellationen zugegeben wird, so dürfte sie noch weniger bei Restitutionen gelten, und wenn auch vor einem Laudo allen Remediis entsagt wäre, selbst der Restitution namentlich, so zweifle ich doch noch, ob man annehmen könnte, daß zu vermuthen sey, es habe jemand auch dem, aus ganz neuen Urkunden und Gründen, die allenfalls eine neue Aktion geben, erlangten Rechte entsagen wollen.

*) P. 7. Decis. 308. 309.

Moritz, Heinrich Andreas,

Über das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen
richterliche Urtheile

Landshut 1816

Diss. 736,2

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10841694-7